

MONISMO E DUALISMO NO BRASIL: UMA DICOTOMIA AFINAL IRRELEVANTE

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Faculdade de Direito da UERJ.

I. INTRODUÇÃO: PRUDENTE NOTA PRÉVIA SOBRE OS OBJETIVOS DO PRESENTE ESTUDO

O presente estudo não exhibe um conteúdo que pretenda justificar, em sentido pleno, o seu título. O foco da análise aqui delineada tem propósito eminentemente pragmático, dirigido ao esquadramento de soluções objetivas para os conflitos decorrentes de antinomias entre tratados internacionais¹ e o ordenamento jurídico interno.

Mais que isto: embora partindo das origens teóricas da dicotomia entre as escolas monista e dualista (v. capítulo II, *infra*), de proveniência estrangeira, a investigação se circunscreve à realidade jurídica brasileira, valendo suas conclusões no âmbito restrito do direito positivo, da doutrina e da jurisprudência nacionais.

Nem de longe se cogita, assim, de desafiar a coerência lógica e consistência jurídica das teses concebidas por juristas da envergadura de Hans Kelsen², idealizador do monismo, ou Heinrich Triepel³ e Dionisio Anzilotti⁴,

¹ A expressão “tratado internacional” será aqui utilizada na sua acepção genérica, tal como definida na Convenção sobre Direito dos Tratados (Convenção de Viena, 1969), em seu art. 1º, “a”: “Tratado significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.” Cumpre anotar que, embora assinada pela República Federativa do Brasil, tal Convenção ainda não se encontra em vigor no Brasil, de vez que só em 1992 foi encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, aguardando, desde 1995, sob a forma de Projeto de Decreto Legislativo, a apreciação do Poder Legislativo. A alusão à Convenção de Viena é feita aqui, portanto, como fonte informativa, e não como fonte normativa. Ver ainda, sobre o uso do termo **tratado**, Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Público*, Renovar, 1992, v. 1, p. 157.

² Kelsen tratou do tema em um curso ministrado na Academia de Direito da Haia: *Les rapports entre le droit interne et le droit international public*, in *Recueil de Cours de L'Academie de Droit International*, 1926, pp. 14/231; também no clássico *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, 1987, trad. João Baptista Machado, cap. 7; e, por fim, na sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Martins Fontes, 1990, trad. Luís Carlos Borges, pp. 352/376.

³ Heinrich Triepel, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in *Recueil de Cours de L'Academie de Droit International*, tomo I, 1925. pp. 77/118.

⁴ Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, 1929, pp. 49 e ss.

que desenvolveram a concepção dualista. Suas idéias, entretanto, por força do trabalho criativo da doutrina e da jurisprudência, estrangeira e brasileira, acabaram em parte adotadas, em parte mitigadas no país, gerando **filhotes** híbridos, subcategorias decorrentes da flexibilização do monismo – o monismo moderado, a par do monismo radical – e do dualismo – o dualismo moderado, a par do dualismo radical ou extremado, cujos contornos serão devidamente detalhados no capítulo II, *infra*.⁵

Como explicita o ilustre Jacob Dolinger, “os doutrinadores, tanto os de direito internacional público quanto os de direito internacional privado, relacionam a questão do conflito entre fontes internas e internacionais às clássicas doutrinas do monismo e do dualismo, cada qual propondo uma solução diferente.”⁶

Pois bem. A questão é que, como efeito da salutar **antropofagia** operada nos sistemas ditos “puros” pelos autores pátrios e, sobretudo, pela produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, não é mais possível afirmar que as soluções para os conflitos entre fontes internas e internacionais sejam decorrências naturais e obrigatórias da adoção de uma ou outra concepção.

Ao que nos parece, em verdade, a mitigação das teorias monista e dualista resultou numa **diversidade de critérios distintivos** dos dois sistemas, como bem captado por Nadia Araujo e Inês da Matta Andreiulo, *in verbis*:

“Enquanto o dualismo utiliza o critério da necessidade de mecanismos de internalização dos tratados para distinguir fontes do direito interno de fontes do direito internacional, o monismo preocupa-se com a admissibilidade da existência de conflitos entre tratados e a ordem jurídica nacional, para saber qual deles deve prevalecer.”⁷

⁵ Para uma ampla análise do tema, ver Jacob Dolinger, “As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um exercício de ecletismo”, Revista Forense, v. 334, 1996, pp. 79 e ss; Vicente Marotta Rangel, *Os conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*, in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, ano XXIII, 1967, n°s 45/46, pp. 29/64; Nadia Araujo e Inês da Matta Andreiulo, *A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos*, in *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, Renovar, 1999, pp. 82 e ss.

⁶ *Ob. cit.*, p. 73.

⁷ *Ob. cit.*, p. 87. O crédito dado a mim na obra deve-se à generosidade das autoras, em reconhecimento à participação do autor em discussão sobre o tema no Mestrado em Direito Público da UERJ. No capítulo IV, *infra*, esta diversidade de critérios será mais detidamente demonstrada.

Tal constatação, por um lado, inviabiliza a própria classificação do sistema brasileiro como **exclusivamente** monista ou dualista, de vez que, pela diversidade de critérios, estar-se-ia a comparar bananas com maçãs. Exatamente por isso será possível classificar o sistema brasileiro, dentro de cada critério e sem qualquer contradição, como **monista moderado** ou **dualista moderado**.⁸

De outra parte, segue-se daí, *a fortiori*, a conclusão de que as soluções para os conflitos entre tratados internacionais e as normas jurídicas internas no Brasil independem da concepção adotada quanto às escolas monista e dualista. Neste sentido é que se torna possível afirmar, com Charles Rousseau, que a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo é uma mera “*discussion d'école*”.⁹

II. A CARACTERIZAÇÃO TEÓRICA DA DICOTOMIA MONISMO *VERSUS* DUALISMO

Remonta à década de vinte a controvérsia entre monistas e dualistas, escolas doutrinárias que procuraram explicar as relações entre o direito internacional e o direito interno. Na feliz síntese de Charles Rousseau, “ou os dois ordenamentos jurídicos são independentes, distintos, separados e impenetráveis (dualismo), ou um deriva do outro, o que implica uma concepção unitarista do direito.”¹⁰

Com efeito, o monismo jurídico, concebido por Hans Kelsen¹¹, sustenta que o direito constitui um sistema único, do qual são partes integrantes o direito internacional e o direito interno, daí surgindo a possibilidade de conflitos entre ambos e a necessidade de normas para solucioná-los.¹² O ilustre mestre austríaco elabora, em verdade, um sistema segundo o qual a validade do direito interno decorre do reconhecimento do direito internacional.¹³

⁸ Confusões terminológicas, aliás, parecem corriqueiras no âmbito do direito internacional privado, cuja própria denominação, utilizada pela primeira vez por Joseph Story (*Comentários sobre os conflitos de las leyes*, 1834), é alvo de unânime crítica da doutrina especializada. O termo **internacional** é condenado porque o direito internacional privado é predominantemente interno e não disciplina relações entre nações; e o termo **privado** o é porque a disciplina abrange conflitos regidos pelo direito público, sendo o seu próprio papel de solução de conflitos de leis no espaço de natureza eminentemente pública.

⁹ Charles Rousseau, *Droit International Public Approfondi*, Dalloz, 1958, p. 3 e ss.

¹⁰ Charles Rousseau, *Droit International Public*, v. I, Dalloz, 1970, p. 38.

¹¹ Ver nota 2, *supra*.

¹² Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, 1996, p. 16.

¹³ Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, cit., pp. 357/358.

Consequência natural da teoria seria a desnecessidade, em princípio, de qualquer mecanismo de **internalização** das normas internacionais. Inobstante isto, Kelsen admite que este procedimento de incorporação dos tratados internacionais à ordem jurídica interna será necessário quando expressamente previsto na Constituição do Estado.¹⁴

Quanto à questão da hierarquia, o mestre de Viena estabelece um certo sentido de hierarquia entre o direito internacional e o direito interno. Segundo ele, o direito internacional conteria as normas de hierarquia superior, sendo o *pacta sunt servanda* – isto é, o dever de os Estados cumprirem as obrigações assumidas reciprocamente – a norma máxima da qual todas as demais seriam derivadas.¹⁵ Esta a sua convicção. Todavia, para finalidades práticas, Kelsen afirma depender de cada sistema nacional a determinação da norma prevalecente. Confira-se o desenvolvimento de seu raciocínio, *in verbis*:

*“A questão da norma a prevalecer, no caso de um conflito entre o direito nacional e o internacional, só pode decidir-se com base no ordenamento jurídico nacional envolvido; a resposta não pode ser deduzida a partir da relação que se presume existir entre o direito nacional e o internacional. Uma vez que, de acordo com o direito positivo nacional, não seja vedada, em caso de conflito entre a norma internacional e a nacional, a prevalência desta sobre aquela, os juízes ficam obrigados a aplicar o direito nacional, ainda que contrário ao direito internacional.”*¹⁶

Assim, embora fosse o sonho de Kelsen a existência de um ordenamento jurídico internacional, superior e independente do reconhecimento

¹⁴ Idem, p. 367. Confirmam-se suas palavras, *in verbis*: “O Direito Internacional necessita de transformação em Direito nacional apenas quando essa necessidade é formulada na Constituição do Estado. Se a Constituição se cala a esse respeito – como às vezes é o caso –, os tribunais do Estado são competentes para aplicar o direito internacional diretamente. (...) Mas o tratado pode ser formulado de tal maneira que possa ser aplicado diretamente pelos tribunais e órgãos legislativos. Então, a transformação do Direito Internacional em Direito nacional – por meio de um ato legislativo – é supérflua, a menos que seja necessária, por exemplo, pelo fato de a Constituição do Estado estipular que os tribunais e autoridades administrativas devem aplicar única e exclusivamente estatutos e decretos-leis”.

¹⁵ Jacob Dolinger, *ob. cit.*, p. 74.

¹⁶ Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Ed. Robert W. Tucker, 1966, pp. 553/558, *apud* Jacob Dolinger, *ob. cit.*, p. 74.

dos Estados – uma *civitas maxima* –, admite ele que tal circunstância poderia ser mitigada, na prática, ficando na dependência da disciplina de cada ordem jurídica interna estatal.

Por esta fenda aberta pelo próprio Kelsen em seu raciocínio, viriam a surgir o monismo radical e o monismo moderado. O primeiro, fiel aos ideais kelsenianos de universalidade da ordem jurídica, preconizando a supremacia do direito internacional sobre toda e qualquer norma de direito interno. Tal concepção restou adotada, entre nós, pela maior parte da doutrina, incluindo Haroldo Valladão¹⁷, Oscar Tenório¹⁸, Celso D. Albuquerque Mello¹⁹ e Marotta Rangel²⁰.

Já o monismo moderado, criado por Alfred Verdross, discípulo de Kelsen na Universidade de Viena, sustenta que o juiz deve aplicar tanto o direito internacional como o direito interno, de acordo com o que estiver previsto no ordenamento jurídico nacional, especialmente na Constituição do Estado.²¹ Vale notar que tal posição não contraria propriamente o pensamento de Hans Kelsen, que, como visto, chegou a admiti-la como a mais factível, na prática.

Cumprе destacar, tendo em conta os fins visados no presente estudo, que:

a) embora pregando a desnecessidade de mecanismos de *internali-zação* dos tratados internacionais, Kelsen admitia sua existência, quando expressamente previstos na ordem jurídica interna, especialmente na Constituição do Estado, sem que isto desnaturasse a sua concepção monista;

b) embora pregando a supremacia do direito internacional sobre o direito interno (monismo radical), Kelsen admitia que a questão da hierarquia entre as fontes deveria ser tratada pela ordem jurídica interna, especialmente a Constituição do Estado (monismo moderado), sem que isto desnaturasse a sua concepção monista.

¹⁷ Haroldo Valladão, *Direito Internacional Privado*, 1974, pp. 53 e 94.

¹⁸ Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, 1976, pp. 93 e ss.

¹⁹ Celso D. Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, 1994, p. 344.

²⁰ Marotta Rangel, *ob. cit.*, p. 29.

²¹ Alfred Verdross, *Derecho Internacional Publico*, 1972, p. 65.

Para a corrente dualista, idealizada por Triepel²² e Anzilotti²³, não há conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna, porquanto constituem círculos que não se interceptam, mas são meramente contíguos. Isto porque o direito internacional rege apenas as relações entre os Estados, e entre estes e os demais organismos internacionais, ao passo que ao direito interno cumpre disciplinar as relações intra-estatais, sem qualquer conexão com o direito internacional. Daí a inviabilidade de qualquer conflito entre ambos.²⁴

Para Triepel e seus seguidores, portanto, era necessária uma transposição da norma de origem internacional para a ordem nacional através de uma deliberação legislativa, que só assim adquiria eficácia no âmbito intra-estatal.²⁵ Os autores se referem a este ato legislativo como “ordem de execução”²⁶. Esta a idéia fundamental do dualismo traduzida por João Grandino Rodas em preciosa síntese, *in verbis*:

*“É corolário da teoria dualista a necessidade de, através de alguma formalidade, transportar o conteúdo normativo dos tratados para o Direito interno, para que estes, embora já existentes no plano internacional, possam ter validade e executoriedade no território nacional. Consoante o monismo, não será necessária a realização de qualquer ato pertinente ao Direito interno após a ratificação. Grande parte dos Estados, seguindo a concepção dualista nesse pormenor, prescreve sejam os tratados já ratificados incorporados à legislação interna através da promulgação ou simples publicação.”*²⁷

No Brasil, Amílcar de Castro assumira posição isolada, dentre os internacionalistas, em defesa do dualismo, até a publicação do valioso artigo de Nadia Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, que, após discorrerem longamente sobre o tema, concluem de forma peremptória, *in verbis*:

²² Ver nota 3, *supra*.

²³ Ver nota 4, *supra*.

²⁴ Ver, sobre a definição de dualismo, Luís Roberto Barroso, *ob. cit.*, p. 16; e Jacob Dolinger, *ob. cit.*, p. 73.

²⁵ Nadia Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, *op. cit.*, p. 84.

²⁶ Amílcar de Castro, *Direito Internacional Privado*, 1987, p. 123, citando Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, p. 91 e ss.

²⁷ João Grandino Rodas, *Tratados Internacionais*, Revista dos Tribunais, 1991, p. 17.

*“(i) no Brasil, todos os tratados internacionais precisam ser internalizados através de um ato complexo – que inclui a aprovação congressional e a promulgação executiva –, sem o que não se integram ao ordenamento jurídico interno; (ii) este sistema, de acordo com as teorias doutrinárias dominantes, só pode ser classificado como dualista.”*²⁸

Ainda segundo as autoras, haveria duas modalidades de dualismo: (a) o dualismo extremado ou radical, no qual haveria necessidade de edição de uma lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional, hipótese em que esta não seria mera “ordem de execução” do tratado, mas verdadeira fonte de direito autônoma; e (b) o dualismo moderado, no qual a incorporação prescindiria de lei, embora ficasse sujeita a *iter* procedimental complexo, com a aprovação congressional e promulgação executiva.²⁹

III. O DESENVOLVIMENTO DA DICOTOMIA NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

A doutrina brasileira, majoritariamente, acolheu a concepção monista radical, que prescreve a primazia do direito internacional sobre o direito interno. Seguindo tal postulado, o tratado altera a lei nacional que lhe for anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente.³⁰ Esta, aliás, a regra positivada no direito brasileiro em matéria tributária.³¹

Alguns doutrinadores chegaram a preconizar a prevalência do tratado internacional inclusive sobre a própria Constituição, quando aquele for anterior a esta. Veja-se a seguinte passagem de Haroldo Valladão sobre o tema, *in verbis*:

“Assim, prevalecem as regras dos tratados anteriores ao texto constitucional; só não prevalece a norma internacional que vier a ser aprovada e ratificada após a vigência do texto constitucional que a ela

²⁸ *Ob. cit.*, p. 110.

²⁹ *Idem*, pp. 87/88.

³⁰ Ver, por todos, na seara do direito internacional público, Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 1933, v. 1, p. 18.

³¹ *Código Tributário Nacional*, art. 98: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

se opõe, pois nesse caso decorreria dum ato internacional inválido, não vigente, pois não podia ter sido aprovado nem ratificado. É distinção necessária para os atos convencionais internacionais.”³²

A maioria, no entanto, posicionou-se em sentido diverso, afirmando sempre o primado da Constituição, sendo anterior ou posterior, sobre os tratados internacionais.³³ A este propósito, aliás, destaca o ilustre constitucionalista Luís Roberto Barroso que, no direito europeu, a regra é que tratados que conflitem com a Constituição não podem ser aprovados sem prévia revisão constitucional³⁴.

No constitucionalismo brasileiro, desde a primeira Constituição republicana, admite-se a verificação da constitucionalidade dos tratados.³⁵ A Constituição de 1988, reiterando a regra vigente nos estatutos constitucionais anteriores, prevê, em seu art. 102, III, “b”, a competência do Supremo Tribunal Federal para, mediante recurso extraordinário, julgar as causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal³⁶.

Em relação aos conflitos entre tratado internacional e a Constituição, o Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência remansosa, assentou a regra da primazia do texto constitucional, sendo ele anterior ou posterior à norma internacional.³⁷

³² Haroldo Valladão, *ob. cit.*, p. 94. No mesmo sentido, Agostinho Fernandes Dias da Silva, *Introdução ao direito internacional privado*, 1975, p. 33.

³³ Ver, entre outros, Aurelino Leal, *Teoria e prática da Constituição Federal brasileira*, 1925, p. 628; Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 1981, p. 314; Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 94; José Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, 1989, p. 103/104.

³⁴ Luís Roberto Barroso, *ob. cit.*, p. 25. É o que dispõem, expressamente, v.g., as Constituições da França (art. 54), da Espanha (art. 95, I) e da Alemanha (art. 79, I). Exceção à regra são Portugal, que adota um regime híbrido, e Holanda, onde a aprovação do tratado por três quartos dos Estados Gerais modifica a Constituição.

³⁵ Constituição Federal de 24.02.1891, art. 59, § 1º, “a”.

³⁶ É arguta a observação de Luís Roberto Barroso (*ob. cit.*, p. 30) no sentido de que a letra expressa da Constituição não dirime a dúvida sobre a possibilidade de o tratado anterior e contrário ao novo texto constitucional prevalecer. De fato, consoante entendimento consolidado no direito constitucional intertemporal brasileiro, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Constituição, que, se com ela incompatível, será havido como simplesmente revogado. Como se verá, no entanto, o STF dirimiu a dúvida.

³⁷ Representação nº 803-DF, RTJ 84/724, 1977; RE nº 109.173-SP, RTJ 121/270, 1987; RE nº 114784-SP, RTJ 126/804, 1987; RE nº 172720-RJ, 1996; ADIN nº 1480-3, 1996.

No que se refere aos conflitos entre tratado e a norma interna infra-constitucional, a doutrina, como assinalado pouco atrás, sempre foi partidária do monismo jurídico, com prevalência do direito internacional. O curioso, no entanto, é que, embora intitulando-se *monista*, esta doutrina jamais questionou a exigibilidade, no direito brasileiro, da **internalização** dos tratados internacionais, como pressuposto de sua vigência e executividade no território nacional. Confirma-se, por todos, significativa passagem de Hildebrando Accioly, defensor do monismo radical, que comprova o afirmado, *in verbis*:

*“Na prática, o resultado da dita **incorporação** é o seguinte: **do fato de que o direito convencional (tratados ou convenções internacionais) se transforma em lei nacional**, decorre a consequência de que ficam implicitamente revogadas as leis ou disposições de leis internas anteriores, contrárias ao referido direito. Se se trata de leis nacionais posteriores, **que estejam em contradição com o referido direito convencional transformado em lei interna**, este último ainda deve prevalecer, porque o estado tinha o dever de respeitar as obrigações contratuais assumidas anteriormente e constantes de tal direito.”*³⁸ (grifos acrescentados).

Feita esta ressalva, cumpre salientar que os autores, à unanimidade, vislumbravam na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a adoção do monismo radical.³⁹ A análise detida dos precedentes da Corte Suprema, todavia, não autoriza tal conclusão.⁴⁰

Com efeito, ainda em 1944, no julgamento da Apelação Cível nº 7.872, o STF afirmou a prevalência de um decreto sobre um tratado anteriormente firmado entre Brasil e Uruguai.⁴¹ Já no julgamento das Apelações Cíveis nºs 8.992⁴², 9.587, 9.593 e 9.594, entre os anos de 1949 e 1955, o

³⁸ Hildebrando Accioly, *ob. cit.*, p. 18.

³⁹ Luís Roberto Barroso, *ob. cit.*, p. 18.

⁴⁰ Ver, Jacob Dolinger, *ob. cit.*, pp. 84 e ss; e Nadia de Araujo e Inês da Matta Andreiulo, *ob. cit.*, pp. 88 e ss.

⁴¹ *Arquivo Judiciário*, v. 69, pp. 13/25, *apud* Nadia de Araujo e Inês da Matta Andreiulo, *ob. cit.*, p. 88/89. Naquela decisão, todavia, ficaram vencidos os Ministros Philadelpho de Azevedo e Castro Nunes.

⁴² V. Jacob Dolinger, *ob. cit.*, p. 84, nota nº 80.

STF proclamou, de fato, que a lei posterior não poderia afetar as normas de livre-comércio estabelecidas em tratado bilateral. Percebe-se nestes julgados, todavia, não um reconhecimento da superioridade hierárquica do tratado em relação à lei interna, mas mera aplicação do princípio de que lei geral posterior não derroga lei especial anterior (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*)⁴³.

De fato, entendeu-se, no julgamento da Apelação Cível nº 8.992, que o tratado em questão constituía uma exceção à norma geral sobre tarifas vigente no direito nacional, pelo que lei posterior sobre a matéria, veiculando norma geral, não afetaria a exceção prevista em norma específica anterior – isto é, o tratado. No julgamento da Apelação Cível nº 9.587, tal entendimento foi reiterado, com a justificativa da prevalência do tratado em razão da sua *especialidade*⁴⁴.

A temática do conflito entre lei e tratado torna à cena jurídica quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 71.154⁴⁵ pelo STF, que proferiu acórdão, da lavra do Ministro Oswaldo Trigueiro, assim ementado, *in verbis*:

“Lei Uniforme sobre o cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada esta Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Embora importante por firmar, de modo claro e expresso, a necessidade de **internalização** das normas internacionais para que estas produzam efeitos no território nacional, tal decisão não resolveu a questão da hierarquia entre tratado e lei ordinária, já que, na espécie, o tratado era posterior.

A situação oposta – lei interna posterior ao tratado – só foi enfrentada pelo STF no julgamento histórico do Recurso Extraordinário nº 80.004⁴⁶, de cujo acórdão, proferido em 1977, se extrai o significativo trecho a seguir, *in verbis*:

⁴³ Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 2º. Ver, sobre o tema, Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, UnB, 1997, p. 108.

⁴⁴ Revista de Direito Administrativo nº 34, pp. 106/110.

⁴⁵ RTJ 58/744.

⁴⁶ RTJ 83/809.

“Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.”

Esta decisão causou grande reação da doutrina, que nela via – sem razão – a quebra de uma tradição do primado do direito internacional sobre o direito infraconstitucional interno.⁴⁷ Não atentaram os doutrinadores para as especificidades dos julgados anteriores, em que, só aparentemente, se proclamava uma superioridade do tratado em relação à lei interna.⁴⁸

Interessante notar que, impropriamente, o RE nº 80.004 é considerado pela doutrina o *leading case* da jurisprudência brasileira na adoção do **monismo moderado**, expressão que jamais fora utilizada pelos tribunais em casos anteriores, nem tampouco no próprio RE nº 80.004.⁴⁹

Decisões posteriores do STF⁵⁰ e, mais recentemente, do STJ⁵¹, ratificaram o entendimento de que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se às regras comuns de solução de antinomias entre normas de mesma hierarquia: a) norma posterior prevalece sobre a anterior; b) norma específica prevalece sobre a genérica, ainda que esta última seja posterior.

⁴⁷ Ver as críticas ao aludido acórdão: José Carlos Magalhães, *O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional*, in *Boletim Brasileiro de Direito Internacional*, 61/69:53, 1975-79, p. 56; Celso D. Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 344.

⁴⁸ V. Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado*, Renovar, 1994, p. 102: “Nossa conclusão é que, excetuadas as hipóteses de tratado-contrato, nada havia na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente, e, portanto, equivocados todos os ilustres autor acima citados que lamentaram a alegada mudança na posição da Suprema Corte. A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei e a tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos.”

⁴⁹ V. Nadia Araujo e Inês da Matta Andreiulo, *ob. cit.*, pp. 90/91.

⁵⁰ Ver, e.g., RTJ 115/969, p. 973: “O STF deve garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta pelo país de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio.”

⁵¹ Ver, e.g., Recurso Especial nº 74.376-RJ, julgado em 09.10.1995: “Tratado Internacional. Lei ordinária. Hierarquia. Tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo.”

Veja-se que a matéria tributária (CTN, art. 98), ao lado dos casos de extradição (Lei nº 6.815, de 19.08.1980), constituem exceções à regra da equiparação entre lei ordinária e tratado, justamente porque se considera que a norma interna, que é geral, cede passo ao tratado, que é regra especial. Merece destaque, pela precisão técnica, acórdão do STJ que aplica a regra da **especialidade** à hipótese de responsabilidade civil do transportador aéreo, *in verbis*:

“Lei - Tratado.

O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal.

Aplicação dos princípios, pertinentes a sucessão temporal das normas, previstas na Lei de Introdução ao Código Civil.

A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado. Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor.”⁵²

Pois bem. A posição dominante nos tribunais, acima delineada, acabou sendo denominada pela doutrina como **monista moderada**. Isto porque o direito brasileiro admite, em tese, o conflito entre o tratado e a norma interna (o que configuraria uma posição monista), mas equipara aquele às leis ordinárias (daí o adjetivo “moderado”).

Não atentou a doutrina para o fato de que, segundo o direito brasileiro, o tratado só opera efeitos no território nacional após percorridas as etapas do *iter* procedimental de sua incorporação. E tal circunstância, sem dúvida alguma, consoante as premissas teóricas expendidas no capítulo II, *supra*, configura um sistema dualista.

Tal circunstância foi captada pelo Ministro Celso de Mello, no exercício da Presidência do STF, em decisões proferidas na ADIN nº 1.480-3-DF e na Carta Rogatória nº 8.279, com idêntica fundamentação. Em tais precedentes, vê-se que o eminente Ministro classifica o sistema brasileiro como

⁵² Recurso Especial nº 58.736, j. 13.12.1995.

dualista moderado. Confira-se importante trecho da decisão proferida na ADIN nº 1.480-3-DF, *verbis*:

“Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU (“Droit International Public Approfondi”, p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera “discussion d’école”, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exeqüibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República. (...) Não obstante tais considerações, impende destacar que o tema concernente à definição do momento a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno excede, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois cabe à Constituição da República - e a esta, somente - disciplinar a questão pertinente à vigência doméstica dos tratados internacionais.

Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro - que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) - satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).” (grifos acrescentados).

É relevante sublinhar que esta “mudança de posição” do STF em nada alterou, em termos práticos, os critérios para a solução dos conflitos entre fontes internas e internacionais. Confira-se, neste sentido, a afirmação de Nadia de Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, *verbis*:

“(...) acreditamos que a opinião dominante de que o Brasil é filiado à corrente do monismo moderado deve ser sepultada em face do

pronunciamento recente do STF. Este, em verdade, em nada modificou o sistema já existente, apenas interpretando a jurisprudência anterior sob novas luzes.

A incorporação dos tratados ao sistema interno brasileiro, equiparando-o à lei interna, transforma-os em uma lei nacional e, por conseguinte, extingue o conflito próprio da teoria monista, pois a regra vigente de revogação de lei anterior pela lei posterior é princípio assente no nosso sistema jurídico e aplicável ao ordenamento como um todo. Com isso também fica claro que os dois sistemas – o interno e o internacional – são separados, pois ocorre, muitas vezes, do Brasil continuar obrigado internacionalmente por dispositivo de tratado (posto que seu “parceiro” não foi comunicado da modificação) enquanto a legislação interna já o modificou.”⁵³

Resta saber se a posição recente do STF, chancelada pelas ilustres autoras, é correta.

IV. CONCLUSÃO: O SISTEMA BRASILEIRO, AFINAL, É MONISTA MODERADO OU DUALISTA MODERADO?

“Tivesse a rosa outro nome, conservaria o mesmo encanto e odor.”
(William Shakespeare).

Minha especulação é a seguinte: ou um ou outro; ou melhor, ambos.

Com efeito, como consignado logo no intróito deste estudo, a dicotomia entre monistas e dualistas, após a sua mitigação, gerou sistemas híbridos – o monismo moderado e o dualismo moderado – que se classificam por critérios distintos. Daí a possibilidade de se classificar o sistema brasileiro, sem qualquer contradição, em **monista moderado** ou **dualista moderado**.

O quadro a seguir procura sintetizar os critérios utilizados na classificação dos sistemas:

⁵³ *Ob. cit.*, p. 99.

CLASSIFICAÇÕES	RADICAL OU EXTREMADO	MODERADO
<p>Dualismo</p> <p>Critério: dualidade de sistemas – o interno e o internacional – que não se comunicam. Daí a necessidade de mecanismos de internalização dos tratados, para que tenham vigência no território nacional.</p>	<p>Necessidade da edição de lei para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional.</p>	<p>A incorporação prescinde de lei, embora seja necessária a observância do <i>iter</i> procedimental previsto no direito interno. No Brasil: aprovação congressual e promulgação presidencial.</p>
<p>Monismo</p> <p>Critério: o direito interno e o internacional integram o mesmo e único sistema. Daí a admissibilidade da existência de conflitos entre tratados e a ordem jurídica nacional.</p>	<p>Prevalência do tratado sobre a ordem jurídica interna.</p>	<p>Equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária. Consequências: (i) subordinação do tratado à Constituição; (ii) quanto à lei ordinária, aplicação dos critérios temporal e da especialidade para a solução de antinomias.</p>

Deste modo, vê-se como o emprego de critérios distintos pode conduzir um mesmo sistema a classificações diversas.

De fato, sob a ótica da necessidade de mecanismos de internalização dos tratados internacionais na ordem jurídica nacional, o sistema brasileiro classifica-se, conforme recentemente proclamado pelo STF, como **dualista moderado**. Não se chega a exigir a edição de uma lei interna, reproduzindo total ou parcialmente o texto do tratado, o que configuraria uma postura dualista extremada; nada obstante, o decreto legislativo – que veicula a aprovação do Congresso Nacional –, acoplado ao decreto presidencial de promulgação, constituiriam fonte normativa interna e autônoma em relação ao tratado.

Já sob o prisma da admissibilidade de conflitos entre o direito interno e o internacional, bem como dos critérios para sua solução, é possível afirmar, com a chancela da doutrina pátria, que o sistema jurídico brasileiro é **mo-**

nista moderado. Neste caso, o decreto legislativo e o decreto presidencial de promulgação representariam uma mera “ordem de execução”⁵⁴ – com ou sem ressalvas – do próprio tratado, que vigeria no Brasil, efetivamente, como fonte normativa internacional.

A veracidade da tese se comprova pelo fato de que a opção por uma ou outra classificação em nada altera os critérios jurídicos para o equacionamento das relações entre o ordenamento jurídico interno e os tratados internacionais. Tudo a corroborar que, no Brasil, ao menos do ponto de vista prático, a dicotomia monismo *versus* dualismo se revela afinal irrelevante. ◆

⁵⁴ Ver nota 26, *supra*.